

Stordalen-dommen: Gjennomskjæringsregler på skatteposisjonen innbetalt kapital

Artikkelens hovedfokus er på spørsmålet om gjennomskjæring av innbetalt kapital. Vi gjennomgår reglene og ser på argumenter som taler for og imot at rettens vurderinger i den mye omtalte skattesaken mellom Petter Stordalen og Skatteetaten bør stå seg. Vår oppfatning er at skatteposisjonen innbetalt kapital i denne saken ikke skulle vært gjenstand for gjennomskjæring.



Advokatfullmektig
Michaela Ritterberg
Ernst & Young Advokatfirma



Advokat
Arild Vestengen
Ernst & Young Advokatfirma

Fredag 22. mars 2024 kom tingretten med sin avgjørelse¹ i den mye omtalte skattesaken mellom Stordalen og Skatteetaten. Saken omhandler hvorvidt gjennomskjæringsreglene kan anvendes i forbindelse med Stordalens oppkjøp av et selskap som ikke hadde andre eiendeler enn en fordring, noe fremførbart underskudd og innbetalt kapital på tre milliarder. Domstolene kom til at det var grunnlag for delvis gjennomskjæring, men bør dommen stå seg?

I hvilken grad har egentlig skattemyndighetene og domstolene grunnlag for å benytte gjennomskjæring som hjelpemiddel i tilfeller hvor skatteyder setter seg i posisjon til å kunne utnytte skatteposisjonen «innbetalt kapital»?

Kort om innbetalt kapital

Utgangspunktet i norsk rett er at enhver vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær er skattepliktig, jf. sktl. § 10-11 (1), jf. (2) første punktum.

Imidlertid følger det et viktig unntak i sktl. § 10-11 (2) annet punktum hvor det fremkommer at «innbetalt kapital, her-

under overkurs» kan utbetales skattefritt til aksjonærene. Dette er en naturlig konsekvens av at kapital som skytes inn i selskapet, enten ved stiftelse eller ved senere kapitalforhøyelser, skal kunne tas ut igjen skattefritt.

Reglene om skattemessig innbetalt kapital er bygd på tre grunnleggende prinsipper.

1. Tilbakebetalingsretten er en skatteposisjon på aksjonærnivå
2. Innbetalt kapital følger aksjen og ikke aksjonæren (aksje-for-aksje prinsippet)
3. Tilbakebetalingsretten og aksjens kostpris vil som hovedregel bety det samme²

Aksje-for-aksje prinsippet ble slått fast av Høyesterett i Benestad-dommen³ og betyr at den innbetalte kapitalen følger aksjen og ikke den enkelte aksjonæren. Innbetalt kapital er dermed en skatteposisjon som tilfaller den aksjonæren som eier aksjen på tidspunktet for tilbakebetaling selv om denne aksjonæren selv ikke har skutt noe inn i selskapet. Det vil heller ikke være av betydning hva aksjen

er kjøpt for. At dette fremdeles er et grunnleggende prinsipp, fremgår blant annet av Skatte-ABC 2023-2024⁴:

«Det er dermed uten betydning for denne skatteposisjonen om innbetalingen er foretatt av nåværende aksjonær eller en tidligere aksjonær. Det har heller ikke noen betydning for skatteposisjonen hva aksjonæren eventuelt har betalt for aksjen i annenhåndsmarkedet.»

Videre fremgår det av Virik-dommen⁵ at selv om regnskapsmessig innbetalt kapital er nedskrevet til dekning av tap, så vil skatteposisjonen innbetalt kapital fremdeles være i behold, og vil kunne benyttes dersom selskapet senere opp-tjener ny kapital. Reglene er en naturlig konsekvens av skatteevneprinsippet om at penger skutt inn i selskapet skal kunne tas ut igjen skattefritt da disse pengene ikke vil øke skatteevnen. Tilbakebetalingsreglene slik de er utformet, har vært klar praksis helt tilbake til 1940-tallet. I tillegg har reglene ligget fast gjennom en rekke skattereformer og vært konsekvent oppgjennom årene både i lignings- og rettspraksis. Selv om

1 23-051015TVI-TOSL/05

2 Folkvord (2013) s. 217.
3 Rt. 1957 s. 1239.

4 ABC 2023-2024 punkt A-6-7.2 s. 55.
5 Rt. 1948 s. 296.

reglene kan skape uheldige tilpasninger, har lovgiver aldri endret reglene.

I hovedsak vil skatteposisjonen innbetalt kapital ha betydning for personlige aksjonærer og ikke selskapsaksjonærer. Bakgrunnen for det er fritaksmetoden i sktl. § 2-38 som gjør at aksjeselskaper kan motta aksjeutbytte og aksjegevinster skattefritt.

Forholdet mellom «innbetalt kapital» og «inngangsverdi»

Det er viktig å ikke blande begrepene «innbetalt kapital» og «inngangsverdi». Inngangsverdi er den prisen som den enkelte aksjonæren har betalt for aksjen, enten ved stiftelse eller kjøp. Innbetalt kapital er som nevnt over en skatteposisjon som følger den enkelte aksje, og utgjør summen av den innbetalte kapitalen som er skutt inn av aksjonæren selv og av tidligere aksjonærer som har eid aksjen.

Forholdet mellom «innbetalt kapital» og «inngangsverdi» følger av sktl. § 10-35 hvor det fremgår at ved tilbakebetaling av innbetalt kapital skal inngangsverdien til aksjene reduseres tilsvarende. Tilbakebetaling av innbetalt kapital gir dermed i utgangspunktet kun en periodiseringsfordel for skatteyder ettersom skatten ved et senere salg vil bli høyere grunnet at inngangsverdien reduseres ved tilbakebetaling.

Den viktigste forskjellen er med andre ord at «inngangsverdien» følger aksjonæren, mens «innbetalt kapital» følger aksjen (aksje-for-aksjeprinsippet).

Unntaksregelen i sktl. §10-11 (2) og inngangsverdibestemmelsen i sktl. § 10-35 utgjør sammen med utbyttebestemmelsen og gevinstreglene det vi normalt omtaler som «Aksjonærmodellen». Når man skal gjøre vurderinger av om gitte faktiske disposisjonene gir virkninger som bryter med formålet bak aksjonærmodellen, må man naturlig nok vurdere dette opp mot hele regelverket – det vil si at hvis en utbetaling fra selskapet de facto er en tilbakebetaling av tidligere innskutt kapital, må vurderingen naturlig knyttes til om de aktuelle virkningene

er i strid med formålet som ligger til grunn for disse tilbakebetalingsreglene.

Kort om faktum i tingsrettsdommen

Saken gjelder Stordalen sitt kjøp av aksjene i Oslo Properties, som senere har byttet navn til Strawberry Fields AS (i denne artikkelen vil selskapet konsekvent bli benevnt som Strawberry Fields).

På tidspunktet for oppkjøpet i 2013, var Strawberry Fields eneste eiendel en fordring på 400 millioner i form av en selgerkreditt på selskapet Sech Holding. I tillegg hadde selskapet intern gjeld til morselskapet, Norwegian Property, på 200 millioner samt et fremførbart underskudd på 50 millioner. Innbetalt kapital på aksjene var omtrent tre milliarder.

Som del av transaksjonen skulle Stordalen overta aksjene i selskapet samt overta fordringen som Norwegian Property hadde på Strawberry Fields.

Da avtalen ble signert, var kjøpesummen for aksjene og fordringen på Strawberry Fields samlet avtalt til 400 millioner. I tillegg skulle Stordalen betale ytterligere fem millioner for det fremførbare underskuddet, hvilket utgjorde ca. 10 % av beløpet.

Fordringen på Sech Holding hadde på den tiden en gunstig fastrente på 5 % og ifølge Stordalen var den opprinnelige begrunnelsen for oppkjøpet delvis å utnytte en mulig rentearbitrasje ved å lånefinansiere oppkjøpet. Ifølge Stordalen ville differansen mellom fastrenten og en flytende rente som tilsvarte 3 måneders NIBOR + 200 basispunkter, utgjøre en verdi på omtrent tolv millioner.

Dagen etter at kjøpsavtalen ble offentliggjort via børsmelding ble imidlertid selgerkreditten nedbetalt av Sech Holding. Som følge av dette ble internlånet mellom Strawberry Fields og Norwegian Property gjort opp og kjøpsavtalen endret slik at Stordalen i stedet betalte 189 millioner for aksjene i Strawberry Fields. Beløpet på 189 millioner utgjorde verdien av midlene som lå igjen i Strawberry Fields etter oppgjør av



Stordalen-saken bandlet om gjennomskjæringsreglene kan anvendes i forbindelse med oppkjøp av et selskap som ikke hadde andre eiendeler enn en fordring, noe fremførbart underskudd og en innbetalt kapital på tre milliarder.

begge fordringene med tillegg av de fem millionene som opprinnelig var avtalt som betaling for underskuddet.

Etter oppkjøpet ble selskapets kontantbeholdning brukt til å erverve eidselskaper som steg i verdi og som muliggjorde utdelinger til Stordalen på 795,7 millioner i perioden 2014–21.

Anførselene fra dommen

Tingsrettsdommen omhandlet to saker som er forent om samme transaksjon, oppkjøpet av Strawberry Fields i 2013:

1. Spørsmål om gjennomskjæring for Petter Stordalen knyttet til innbetalt kapital, jf. den tidligere ulovfestede gjennomskjæringsregelen
2. Spørsmål om gjennomskjæring for Strawberry Fields knyttet til det skattemessige underskuddet i selskapet, jf. daværende sktl. § 14-90 (nå § 13-3)

I denne artikkelen gjør vi kun en nærmere vurdering av spørsmålet som knytter seg til innbetalt kapital. Det kan nevnes at tingretten kom til at det var grunnlag for full gjennomskjæring av det fremførbare underskuddet i saken som gjaldt selskapet Strawberry Fields, jf. sktl. § 14-90.

Rettslig grunnlag – den generelle gjennomskjæringsregelen

1. januar 2020 ble den generelle omgælsesregelen som har vært ulovfestet i mange år lovfestet i sktl. § 13-2. Både etter den ulovfestede og nå lovfestede

gjennomskjæringsregelen oppstilles det to kumulative vilkår.

Grunnvilkåret

Det første vilkåret er et «grunnvilkår», som tilsier at det må foretas en vurdering av om «hovedformålet» for skattyter har vært å oppnå en skattefordel.

Etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen følger dette blant annet av Dyvidommen⁶ hvor det uttales at dersom det foreligger både skattemotiver og andre motiver, må det foretas en konkret vurdering hvor de skattemessige motivene må fremstå «klart større enn de forretningsmessige». Etter den ulovfestede regelen så skal denne vurderingen gjøres basert på skattyters subjektive motiv med transaksjonen(e). Etter sktl. § 13-2 (2) skal denne vurderingen være objektiv.

Tilleggsvilkåret – totalvurdering

Dersom grunnvilkåret er oppfylt, så skal det foretas en vurdering av om «tilleggsvilkåret» er oppfylt.

Etter sktl. § 13-2 (2) bokstav b, skal det gjøres en vurdering av om disposisjonen(e) etter en totalvurdering ikke kan legges til grunn for beskatningen, jf. momentene som ramses opp i tredje ledd. Momentene i tredje ledd er imidlertid ikke uttømmende, jf. ordlyden «blant annet».

Etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen følger vurderingsmomentet blant annet av Dyvidommen⁷ hvor det fremgår at man i totalvurderingen skal vurdere:

«disposisjonens virkninger herunder dens forretningsmessige egenverdi, skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, [...]»

Etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen skulle man i totalvurderingen i stor grad legge vekt på formålet bak reglene. Dette fremgår blant annet av ConocoPhilips-dommen⁸ hvor retten

kom til at hovedmotivet var å spare skatt, men hvor transaksjonen ikke kunne gjennomskjæres da formålet bak reglene ikke var brutt:

«For selgeren var riktignok skattebesparelse det dominerende motiv. Men jeg har vanskelig for å se at dette skulle være tilstrekkelig til å konstatere at skattefritak i vår sak ville være i strid med formålet bak fritaksregelen for fisjon av aksjeselskap. Slik fritaksmodellen er utformet og begrunnet, er det etter mitt syn generelt ikke noe å innvende mot overføring av eiendom gjennom skattefritt salg av aksjene i et datterselskap hvis eneste eiendel er den faste eiendommen som ønskes solgt.»

Det at formålet bak reglene er hovedelementet i totalvurderingen etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen fremgår også av forarbeidene⁹ ved lovfesting av den generelle omgåelsesregelen i sktl. § 13-2:

«... skattereglenes formål får en noe annen funksjon i lovforslaget enn etter Høyesteretts gjeldende formulering av omgåelsesnormen. Mens skattereglenes formål utgjør selve målestokken for vurderingen i Høyesteretts formulering, inngår skattereglenes formål i lovforslaget som ett av flere momenter i totalvurderingen.» (våre understrekinger)

Etter sktl. § 13-2 er vurderingen av formålet bak reglene kun ett av momentene som skal vurderes opp mot de andre momentene som ramses opp i sktl. § 13-2 (3). På den ene siden kan det tenkes av terskelen for omgåelse ved bruk av sktl. § 13-2 har sunket noe da lovgiver i større grad vil kunne legge vekt på øvrige momenter. På den annen side fremgår det av forarbeidene at formålet bak skattereglene fremdeles skal være et «sentralt og tungtveiende moment»¹⁰. Forarbeidene sier ingen ting om at terskelen for bruk av sktl. § 13-2 skal endres ved lovfesting. Det må derfor antas at lovgiver har ment at terskelen skal være den samme.

En annen forskjell mellom den lovfestede regelen i sktl. § 13-2 og den tidligere ulovfestede gjennomskjæringsregelen er at dersom lovgiver har omtalt omgåelsesmuligheter i forarbeidene uten at lovgiver har valgt å innføre regler for å forhindre slike tilpasninger, så skal ikke det lenger tale i skattyters favør. Etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen skulle dette tale i skattyters favør, jf. Conoco Philips III¹¹. Skatteposisjonen innbetalt kapital er imidlertid ikke blitt problematisert i forarbeidene til den lovfestede omgåelsesregelen.

Gjennomgang og bemerkninger til rettens vurderinger

Da saken knytter seg til en transaksjon som fant sted i 2013 og den lovfestede omgåelsesregelen først trådte i kraft 1. januar 2020, er tingrettsdommen vurdert på bakgrunn av den tidligere ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

Grunnvilkåret – hovedformålet å spare skatt

Da saken baserer seg på den ulovfestede omgåelsesregelen, så er det Stordalens subjektive formål med disposisjonen(e) som skal legges til grunn. I Telenor-dommen¹² uttaler retten:

«Dette innebærer imidlertid ikke at den begrunnelse skattyter har gitt for disposisjonen, uten videre skal legges til grunn. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.»

Retten har i saken gjort en vurdering av hva som måtte anses å være Stordalens forretningsmessige verdi av oppkjøpet

6 Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi) avsnitt 37.

7 Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi) avsnitt 37.

8 Rt. 2014 s. 227 avsnitt 60 (ConocoPhilips).

9 Prop. 98 L (2018-2019) s. 97.

10 Prop. 98 L (2018-2019) s. 97.

11 Rt. 2014 s. 228 (Conoco Philips III).

12 Rt. 2006 a. 1232 (Telenor) avsnitt 51.

av Strawberry Fields (egenverdi) sett opp mot hvilken verdi skattyter fikk av skatteposisjonen «innbetalt kapital» som vurderes omgått.

Som nevnt tidligere var Stordalens begrunnelse for oppkjøpet en mulig rentearbitrasje på ca. tolv millioner på selgerkreditten. Stordalen mente at kreditorposisjonen på fordringen innebar en mulig fortjeneste på rentedifferansen mellom fastrentesatsen i selgerkreditten på 5 % og tilbudet han selv hadde fått på et lån med flytende rente på 3,7 %. Når det gjelder den innbetalte kapitalen anførte Stordalen at det ved oppkjøpstidspunktet ikke var noen kapital å betale ut utover kjøpesummen da selskapet ikke hadde andre eiendeler enn fordringen.

Retten legger blant annet vekt på at Stordalen ikke sikret seg mot innfrielse av lånet, som de mente underbygde at selgerkreditten ikke var en så viktig faktor ved oppkjøpet. Videre mente retten at verdien av rentedifferansen og underskuddet samlet sett ville utgjøre rundt 8,25 millioner, mens verdien av skatteposisjonen innbetalt kapitalt potensielt kunne være verdt flere hundre millioner. Retten gjør videre et poeng av at Stordalen valgte å gjøre kjøpet av Strawberry Fields privat da Stordalen før dette kun eide ett annet selskap på privat hånd. Retten mente at det ikke var sannsynlig at Stordalen hadde gjort oppkjøpet privat dersom det ikke hadde vært for skatteposisjonen innbetalt kapital.

Våre bemerkninger – grunnvilkåret

Etter vår vurdering er det ingen tvil om at det forelå en viss merverdi knyttet til mulig rentearbitrasje på oppkjøpstidspunktet. Det kan også tenkes at verdien av den mulige rentearbitrasjen i seg selv tilsier at Stordalen hadde gjennomført oppkjøpet selv om selskapet ikke hadde hatt noen innbetalt kapital.

Videre unnlater retten helt å vurdere effekten av at Stordalens inngangsverdi på aksjene nedreguleres etter sktl.

§ 10-35 med den samme innbetalte kapitalens størrelse. Når en utbetaling klassifiseres som en tilbakebetaling av innbetalt kapital, oppnår skattyter ikke

annet enn en transformering fra aktuell betalbar skatt til en utsatt latent skatt. Ved senere realisasjon av aksjer i Strawberry Fields vil følgelig den skattepliktige gevinsten for Stordalen øke tilsvarende. Når man skal vurdere Stordalens motiver og hvilken skattefordel han potensielt kan oppnå, er det således kun denne periodiseringsfordelen som skal hensyntas. Noen permanent skattefordel er det således ikke snakk om.

Imidlertid kan det stilles spørsmålet ved om Stordalen hadde valgt å kjøpe selskapet privat dersom Strawberry Fields ikke hadde hatt skatteposisjonen innbetalt kapital. Selv om det foreligger en viss forretningsmessig egenverdi i saken, så forstår vi rettens konklusjon om at Stordalens skattemessige motiv (mulig utnyttelse av innbetalt kapital i fremtiden) fremstår som større enn det forretningsmessige motivet. Det er derfor forståelig at retten kom til at grunnvilkåret var oppfylt.

Tilleggsvilkåret – totalvurderingen Vil det stride mot formålet bak reglene?

Ettersom grunnvilkåret var oppfylt, ble det derfor spørsmål om det etter en totalvurdering fremstår stridende mot skattereglenes formål å hensynta historisk innbetalt kapital på aksjene ved utdeling til Stordalen.

Dette følger av Dyvi-dommen¹⁵ hvor det fremgår at man i totalvurdering skal vurdere:

«disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, [...]»

Det sentrale spørsmålet for retten var dermed om det fremstår stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen (oppkjøpet av selskapet og derigjennom skatteposisjonen) til grunn for beskatning ved senere utdeling.

Da saken var oppe for Sekretariatet, uttalte de at det å kjøpe et selskap med

en skatteposisjon knyttet til innbetalt kapital og så senere utnyttet denne, er i tråd med formålet bak reglene om tilbakebetaling:

«... når formålet med regelen er at innbetalt kapital på aksjen skal kunne mottas tilbakebetalt uten beskatning og at også tapt innbetalt kapital skal kunne erstattes med opptjent egenkapital og uavhengig av hvem som er aksjonær, synes ikke disposisjonen i denne saken i strid med skattereglenes formål.¹⁴» (våre uthevninger)

Vi er enige i sekretariatets vurdering av formålet bak reglene om innbetalt kapital. Dette begrunnes da særlig i lovgiver sin utforming av reglene og langvarig rettspraksis som tilsier at det ikke skal ha noen betydning om det har skjedd et eierskifte. Når formålet bak regelen om innbetalt kapital er at kapital som er skutt inn skal kunne tilbakebetales uten beskatning og at også tapt innbetalt kapital skal kunne erstattes med eventuelt senere opptjent kapital uavhengig av hvem som er aksjonær, så kan man ikke si at disposisjonen i saken er i strid med skattereglenes formål.

At dette er formålet bak reglene, følger ikke bare av Virik-dommen og Benestad-dommen, men også juridisk teori blant annet en artikkel fra Anders H. Liland¹⁵:

«Selv om formålet med reglene om utbytteutdelinger og tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, ikke er uttrykkelig angitt i forarbeidene til de senere lovrevisjoner, må det legges til grunn at formålet med regelen om utbytteutdelinger er å sikre skatteplikt for utbetaling av opptjent kapital, mens formålet med regelen om tilbakebetaling av innbetalt kapital er å sikre at tilbakebetalingen kan skje skattefritt. Begrunnelsen for skatteplikt for utbytteutdelinger rekkes således ikke lenger enn til å omfatte utdeling av verdier som er dannet i selskapet. Tilsvarende er det ingen grunn til å skattlegge tilbakebetaling av innbetalt kapital.» (våre understrekninger)

¹⁴ SKNS1-2022-83.

¹⁵ Liland (2014) «Tilbakebetaling av innbetalt kapital – med ulikt beløp på den enkelte aksje» i festskrift til Fredrik Zimmer.

¹³ Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi) avsnitt 37.

Retten er imidlertid ikke enig, de tolker Sekretariatets vurdering slik at vilkårene for gjennomskjæring av skatteposisjonen innbetalt kapital da aldri vil kunne være oppfylt, noe de mener er urimelig. Retten argumenterer for at en skattyter da bare kan kjøpe opp selskaper som ikke består av noe annet enn innskutt kapital hvor vederlaget reflekterer den prisen markedet er villig å betale for skatteposisjonen.

I forarbeidene til sktl. § 13-2 skriver Zimmer:

«Hvor skattyter har utnyttet en skatteregel som har som formål å gi et insentiv til en bestemt type atferd, f.eks. å foreta visse typer investeringer, er det klart at den skattefordelen som dette fører med seg, ikke er i strid med skattereglenes formål, snarere tvert om. I slike tilfeller er omgåelsesregelen ikke anvendelig, selv om disposisjonens egenverdi skulle være lav. Men det kan ikke utelukkes at spørsmål om anvendelse av omgåelsesregelen kan komme opp f.eks. hvor skattyteren har brukt kompliserte og kunstige rettslige former uten særlig økonomisk substans for å komme i posisjon for å anvende insentivregelen¹⁶.»

Til dette kan det bemerkes at slik reglene om innbetalt kapital er utformet, så er det i tråd med formålet at den som kjøper aksjen også overtar den innbetalte kapitalen som finnes på aksjen. Videre bemerkes det at en slik innbetalt kapitalposisjon ikke har noen verdi i seg selv. For å kunne utnytte skatteposisjonen må det enten opptjenes kapital som muliggjør en utdeling fra selskapet – eller det må foretas en ytterligere disposisjon eller disposisjonsrekke som muliggjør utnyttelse av posisjonen mot opptjent kapital utenfor selskapet, typisk hvis man eksempelvis fusjonerer med et annet selskap som har stor opptjent kapital.

I det første tilfellet er det vanskelig å se for seg at avregningen mot innbetalt kapital skal kunne anses å stride mot formålet med aksjonærmodellen. En slik utbetaling er klart nok en tilbakebetaling av tidligere innskutte midler i selskapet

og gir ingen skatteevne for aksjonærene (ref. etter det som er dagens rettsregel).

I det andre tilfellet kan det etter vår vurdering være grunnlag for gjennomskjæringsvurderinger. Dette siden avregning mot opptjente midler utenfor selskapet gir rettsvirkninger som ikke treffer formålet om at tidligere innbetalt kapital skal kunne tilbakebetales uten beskatning. Ved eksempelvis en fusjon vil dette formålet feile når det gjelder kapital som ikke er opptjent i selskapet med den innskutte kapitalen. I et slik tilfelle vil det kunne stilles spørsmål om det er brukt «kunstige rettslige former» for å komme i en situasjon for å anvende insentivregelen.

Strukturelt mener vi at vurderingen ved bruk av sktl. § 13-2 på innbetalt kapitaltilfellene kanskje ikke bør være så annerledes enn hva som følger av sktl. § 13-3 (gjelder bortfall av skatteposisjoner som ikke har tilknytting til eiendeler eller gjeld). Etter sktl. § 13-3 skal man jo vurdere avskjæring i de tilfellene hvor det tilrettelegges for utnyttelse av skatteposisjonen utenfor selskapet. Med det menes at det er først når man via konsernbidragsregler, eller eksempelvis ved fusjon, tilrettelegger for at et underskudd typisk kan utnyttes mot skattepliktig opptjent kapital utenfor selskapet. Etter vår vurdering bør kanskje tilnærmingen med henhold til gjennomskjæring av innbetalt kapitaltilfellene vurderes litt på samme måten – det vil si at gjennomskjæring eventuelt forbeholdes de tilfellene hvor man søker å utnytte innbetalt kapital mot kapital opptjent utenfor det samme selskapet.

I Stordalen-saken fantes det ikke verdier i selskapet ut over fordringen, slik at Stordalen derfor ikke uten videre bare kunne ta ut innbetalt kapital på tre milliarder fra selskapet. For å kunne dra noe nytte av kapitalen var Stordalen først nødt til å generere opptjent kapital i selskapet, slik Stordalen gjorde i perioden 2013-2021. I tillegg forelå det som nevnt en viss forretningsmessig egenverdi.

Retten velger å avgjøre saken utelukkende på bakgrunn av formålet bak utbyttereglene uten å se dette i sammenheng med formålet bak tilbakebetalingsreglene. Rettens hovedargument er at

formålet er skatteevneprinsippet som tilsier at man skal beskatte de utdelingene som øker aksjonærens skatteevne. Retten mener at ettersom den innskutte kapitalen ikke er penger Stordalen har skutt inn i Strawberry Fields, så er dette penger som har økt hans skatteevne og derfor bør de også skattlegges.

Her er vår vurdering at retten misforstår noe av det grunnleggende bak skatteevneprinsippet og sammenhengen mellom tilbakebetalingsreglene og utbyttereglene. Innbetalt kapital er en naturlig konsekvens av skatteevneprinsippet ved at prinsippet skal sikre at det kun er avkastning eller gevinst som skal skattlegges og ikke tilbakebetaling av innskutte midler. Det er også uttalt i juridisk teori «... når aksjonæren får tilbakebetalt egenkapital som tidligere er innskutt, har ikke aksjonæren hatt en økning av sin skatteevne»¹⁷. Sitatet sier ikke spesifikt noe om hvem som har innskutt kapitalen.

Rettens uttalelse fraviker dermed formålet bak tilbakebetalingsreglene, herunder aksje-for-aksjeprinsippet om at den innbetalte kapitalen følger aksjen og ikke aksjonæren. Videre fraviker retten da langvarig rettspraksis, herunder Virik-dommen, som sier at den innbetalte kapitalen fortsatt er i behold selv om aksjenes pålydende er nedskrevet og Benestad-dommen, som sier at den som overtar aksjen også vil overta det som er innbetalt på aksjen ved overtakelsestidspunktet selv om det ikke er denne personen som har skutt inn kapitalen.

Hvordan har kapitalen i Strawberry Fields oppstått

Skatteklagenemnda har med henvisning til skatteevneprinsippet gjort et poeng av hvordan den innskutte kapitalen i Strawberry Fields har oppstått. Det Skatteklagenemnda tilsynelatende mener er at innbetalt kapitalposisjoner kan multipliseres i en selskapsstruktur – personlige aksjonærer kan skyte inn kapital som så skytes videre i et nytt selskap og ved senere eierskifte vil den samme innbetalte kapitalstørrelsen foreligge hos to forskjellige aksjonærer. Alternativt er den innskutte kapitalen i underliggende selskap

16 Prop. 98 L (2018-2019) s. 97, jf. NOU 2016:5 s. 113.

17 Gjems-Onstad (2018) s. 615.

generert av opptjente midler i eiende selskap og i så måte vil tilbakebetaling av denne kapitalen i realiteten være opptjente midler som naturlig gir skatteevne.

Til dette kan det bemerkes at uansett hvordan midlene som er skutt inn i et aksjeselskap er finansiert, så vil det uansett for mottakende selskap være snakk om en tilbakebetaling av «innskutte midler» når man gjør senere tilbakebetalinger. Det er også verdt å merke seg at rettsreglene her er knyttet til hvert enkelt selskap og selskapsstrukturene som sådan. Etter vår vurdering må det være rimelig klart at en tilbakebetaling av tidligere innskutte midler må klassifiseres som en tilbakebetaling som ikke gir skatteevne – uavhengig av hvordan denne innskutte kapitalen har oppstått.

Retten synes ikke å gjøre noe nærmere poeng ut av dette utover at de legger totalvurderingen tett opp til skatteevneprinsippet.

Forslag om å endre tilbakebetalingsreglene

Et annet moment retten vektlegger i totalvurderingen er som de påpeker at lovgiver ikke har:

«foretatt noen «utførlig vurdering» av om disse prinsippene bør forlates eller modifiseres, for eksempel ved innføringen av det gjeldende systemet for skattemessig behandling av utbytte (skattereformen 2004–06).»

Dette mener retten er et argument for at man ikke bør være mer varsom enn ellers med å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen på innbetalt kapital. Her er det viktig å presisere at lovgiver både i Scheel-utvalget fra 2014 og i Skatteutvalget fra 2015 har gjort forsøk på å endre reglene. I Scheel-utvalget fra 2014 står det blant annet:

«Utvalget mener det er uheldig å ha regler om tilbakebetaling av innbetalt kapital som er vanskelig og i mange tilfeller nærmest umulig å praktisere. Dette pålegger skattytere og skattemyndigheter unødvendig store administrative byrder.¹⁸»

18 NOU 2014:13 s. 277 se også Meld. St. 4 (2015-2016) s. 69.

Dette var senest oppe for vurdering i Torvik-utvalget 19. desember 2022 hvor det ble foreslått at den innbetalte kapitalen i stedet skal tilsvare aksjenes forholdsmessige andel av samlet innbetalt kapital på selskapsnivå og at det skal være selskapets beslutning om utdelingen skal klassifiseres som utbytte eller innbetalt kapital. Videre at den innbetalte kapitalen skal være begrenset til aksjonærenes inngangsverdi på aksjen. Dette ble imidlertid ikke tatt til følge.

Våre avsluttende bemerkninger til totalvurderingen

Etter en gjennomgang av saken er vår vurdering at oppkjøpet av Strawberry Fields ikke er i strid med formålet bak reglene om innbetalt kapital. I tillegg foreligger det en forretningsmessig egenverdi i rentearbitrasje, selv om denne ikke var vesentlig. Videre mener vi at Stordalen ikke har brukt noen kompliserte og kunstige rettslige former for å komme i posisjon til å ta ut innbetalt kapital. Vår oppfatning er at skatteposisjonen innbetalt kapital i denne saken ikke skulle vært gjenstand for gjennomskjæring.

Retten mente imidlertid som nevnt innledningsvis at full gjennomskjæring ville bli for inngripende og at 184 millioner av den innbetalt kapitalen skulle være i behold. Retten begrenser dermed den innbetalte kapitalen til egenkapitalen i Strawberry Fields på kjøpstidspunktet.

Dommen gir etter vår mening dermed inntrykk av en domstol som i praksis tar på seg rollen som lovgiver for å oppnå et resultat de selv mener er rimelig. Selv om vi er enige i at reglene om innbetalt kapital åpner for visse uheldige tilpasninger, skal det være opp til lovgiver eventuelt å endre reglene.

Forholdet mellom sktl. § 13-2 og 13-3

Lenge før den generelle omgåelsesregelen ble vedtatt i 2020, har det eksistert en spesiell omgåelsesregel i sktl. § 13-3 (tidligere 14-90). Den spesielle omgåelsesreglen gjelder bortfall eller opphør av generelle skatteposisjoner som ikke har tilknytting til eiendel eller gjelds-

post. Formålet med en slik spesiell omgåelsesregel er å forhindre at det oppstår et marked hvor man omsetter skatteposisjoner¹⁹. Skatteposisjonen innbetalt kapital knytter seg til den enkelte aksje og faller derfor utenfor anvendelsesområdet for sktl. § 13-3.

Terskelen for anvendelse av den spesielle omgåelsesregelen i sktl. § 13-3 har ment å være lavere enn etter den generelle omgåelsesregelen som blant annet skyldes at sktl. § 13-3 ikke åpner for noen «totalvurdering». Etter sktl. § 13-3 holder det at skattemotivasjonen er det «overveiende motivet», mens det etter sktl. § 13-2 krevet at det er «hovedformålet». Det tilsier at etter sktl. § 13-3 er det tilstrekkelig at det skattemessige motivet veier tyngre enn de forretningsmessige uten krav til at det er noe kvalifisert overvekt, jf. forarbeidene²⁰.

I de fleste tilfeller brukes sktl. § 13-3 for å ramme situasjoner hvor et overskuddselskap kjøper aksjer i et underskuddselskap hvor formålet er å skaffe fradragrett for underskuddet for eksempel ved fusjon eller konsernbidrag²¹.

I forarbeidene til sktl. § 13-2²² nevnes at det neppe vil være lettere å manipulere skatteposisjoner uten tilknytting til eiendeler og gjeld enn de skatteposisjonene som har slik tilknytting. Videre i utredningen fremkommer det at hensikten med innføringen av sktl. § 14-90 nettopp var å gi skattemyndighetene et sikrere holdepunkt og at terskelen skulle være lavere enn etter den generelle omgåelsesregelen.

Når lovgiver har valgt å opprettholde den spesielle omgåelsesregelen i sktl. § 13-3 ved siden av den generelle omgåelsesregelen i sktl. § 13-2, som har høyere terskel, uten å nevne reglene om innbetalt kapital eller vurdere å inkorporere skatteposisjonen «innbetalt kapital» til å omfattes av sktl. § 13-3, tilsier det at lovgiver godtar at terskelen for gjennomskjæring skal være høyere ved skattyters utnyttelse av innbetalt kapital.

19 Prop. 98 L (2018-2019) s. 68.

20 Prop. 98 L (2018-2019) s. 69.

21 Zimmer (2019) s. 58.

22 Prop. 98 L (2018-2019) s. 69.

Avsluttende bemerkninger

Det er ingen tvil om at reglene om innbetalt kapital skaper tilpasningsmuligheter. Som nevnt tidligere i artikkelen har dette vært diskutert i både Scheel-utvalget fra 2014, Skatteutvalget fra 2015 og Torvik-utvalget fra 2022. Slik Torvik-utvalget foreslo, vil det å fjerne aksje-for-aksje prinsippet og heller la innbetalt kapital følge inngangsverdien kunne være en løsning som innebærer at man ikke får tilbakebetalt mer enn egen investering.

Lovgiver er også fullt klar over de tilpasningsmulighetene som eksisterer med nåværende regler og at disse nærmest gir et insentiv til å overta aksjer med høy innbetalt kapital. Slik Zimmer nevner i forarbeidene til sktl. § 13-2, så bør omgåelsesregelen ikke være anvendelig i slike

tilfeller hvor skatteregelen gir et insentiv til en bestemt type adferd, selv i de tilfellene hvor egenverdien er lav.

Likevel mener vi at det kan tenkes at den generelle omgåelsesregelen vil kunne anvendes på innbetalt kapital i de tilfellene hvor man mener skattyter har brukt kompliserte og kunstige rettslige former for å utnytte skatteposisjonen. For innbetalt kapital vil dette kunne være tilfellet dersom man gjennom en disposisjonsrekke muliggjør utnyttelse av «innbetalt kapital» mot kapital som er opptjent utenfor selskapet, da for eksempel ved innfusjonering i selskap med lav eller ingen innbetalt kapital eller ved konserndannelse.

Det er imidlertid noe merkelig at skatteposisjonen «innbetalt kapital» ikke er

nevnt i forarbeidene til sktl. § 13-2. En grunn til dette kan være at aksjonæren selv jo vil at inngangsverdien reduseres tilsvarende ved tilbakebetalingen, jf. sktl. § 10-35, slik at skattegevinsten ved et senere salg vil bli høyere. Dette utgjør i prinsippet kun en periodiseringsfordel.

Ett av problemene med reglene slik de er nå, er at kompleksiteten gjør at skattytere og skattemyndighetene bruker uforholdsmessig mye tid og ressurser på å navigere seg rundt regler som uansett skal ha relativt liten effekt på skatteprovenyet. Det er med andre ord ingen tvil om at tilbakebetalingsreglene slik de er nå skaper unødvendig hodebry og at reglene muligens bør endres, men det vil i så fall være en lovgiveroppgave og ikke opp til skattemyndighetene eller domstolene.

Attest for utførsel – vilkår for mva-fritak

Det er ikke nødvendigvis slik at alle varer som eksporteres fra Norge kan selges uten mva. Eksportfritaket omfatter riktignok veldig mange transaksjoner, og er så innarbeidet at mange eksportører ikke reflekterer over hvilke avgrensninger som finnes, eller hvilken dokumentasjon en eksportør egentlig skal ha.



Tollrådgiver
Helene Øien Hval
Direktør, Advokatfirmaet PwC



Tollrådgiver
Kjetil Øpstad
Senior Manager,
Advokatfirmaet PwC

Avgiftsfritaket ved eksport er regulert i mva-loven § 6-21 og mva-forskriften §§ 6-21-1 og 6-21-2. Lovens ordlyd er «omsetning av varer ut av merverdiavgiftsområdet». Dette betyr at bruken av leveringsbetingelse (Incoterms) kan være med på å definere om salget er avgiftsfritt eller ikke.

For eksempel vil en norsk bedrift som selger varer til en utenlandsk kunde inklusive transport til et sted i utlandet, f.eks. med leveringsvilkår *Delivered At Place (DAP)* København kunne selge varen avgiftsfritt. Tilfeller der den utenlandske kunden selv tar ansvar for transporten av varene ut av landet, f.eks. på leveringsvilkår *Free Carrier (FCA)* Drammen vil også kunne falle inn under fritaket. Leverings-

vilkår *FCA* innebærer at selgeren er forpliktet til å laste opp varene på det transportmiddelet som kjøper har valgt, ferdig deklarerert for eksport.

Slik vi senere kommer tilbake til er det flere krav knyttet til avgiftsfritt eksport-salg, men en av forutsetningene er at varen blir eksportdeklarerert med selgeren som avsender på tolldeklarasjonen, og at eksportdeklarasjonen er godkjent av tollmyndighetene.

Salg til en utenlandsk kunde som overtar varer i Norge, f.eks. på leveringsvilkår *Ex Works (EXW)* Hønefoss kan det være risiko knyttet til. Med dette leveringsvilkåret gir den norske selgeren kjøperen

tilgang til varene i den norske selgerens lokaler, ikke tolldeklarerert for eksport. Det er kjøperen som bærer risiko og alle kostnader forbundet med å bringe varene til sitt bestemmelsessted. Den norske selgeren kan følgelig ikke vite om den utenlandske kjøperen bringer med seg varene ut av landet, eller om varene videreselges i Norge. Den norske leverandøren vil i disse tilfellene ikke kunne fakturere avgiftsfritt, og den utenlandske kunden vil kunne være registreringspliktig for mva dersom varene videreselges.

Salg som foregår fullt og helt utenfor Norge er ikke omfattet av avgiftsfritaket i § 6-21. Dette gjelder f.eks. varer som et norsk foretak får tilvirket i utlandet, og